NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

Van : Adviescommissie Belastingrecht
Datum : 27 november 2013

Betreft : Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit (33 754)

SAMENVATTING

De Commissie ziet aanleiding in de door staatssecretaris Weekers op 13 november jl. ingediende derde nota van wijziging[1] met betrekking tot de Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit een nadere reactie te geven op de daarin voorgestelde strafbaarstelling. De Commissie adviseert de wetgever af te zien van de wijziging en het door het CDA voorgestelde amendement in te voeren, omdat de wijziging geen enkele, en het amendement wel, (de ook door de wetgever beoogde) rechtsbescherming biedt. Een oogmerktoets, zoals de Commissie in haar advies van 24 oktober jl. reeds voorstelde, is een met meer waarborgen omklede en effectievere methode om kwaadwillende en goedwillende belastingplichtigen van elkaar te onderscheiden.

Meldingsregeling biedt onvoldoende rechtsbescherming

In zijn nota van wijziging stelt de staatssecretaris voor om aan het nieuw in te voeren art. 69a AWR een lid toe te voegen luidende: "*Niet strafbaar is degene die de ontvanger tijdig heeft verzocht uitstel van betaling te verlenen of die onverwijld nadat gebleken is dat het lichaam niet tot betaling in staat is schriftelijk mededeling heeft gedaan aan de ontvanger*". Hiermee zou uitdrukkelijk zijn gewaarborgd dat goedwillende belastingplichtigen niet door de voorgestelde strafbepaling getroffen worden, aldus de staatssecretaris in zijn toelichting. Met de wijziging wordt beoogd strafbaarstelling in twee gevallen uit te sluiten, te weten ingeval de belastingplichtige tijdig verzoekt om uitstel van betaling dan wel wanneer de belastingplichtige zijn betalingsonmacht onverwijld schriftelijk meldt aan de ontvanger.

De beoogde meldingsregeling toont grote gelijkenis met de meldingsregeling van art. 36, tweede lid, Invorderingswet 1990. Wordt niet tijdig gemeld dan levert dat op grond van die bepaling 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' op met als gevolg hoofdelijke aansprakelijkheid voor de bestuurder. De ratio achter deze meldingsregeling en de meldingsregeling zoals die nu door de staatssecretaris wordt voorgesteld, is dat een kwaadwillende belastingplichtige niet in staat zou zijn tijdig te melden. Die gedachte is echter naïef gebleken; kwaadwillende bestuurders zorgen er vaak voor dat zij op tijd hun betalingsonmacht melden en ontlopen daardoor aansprakelijkheid.

De jurisprudentie met betrekking tot deze meldingsregeling in de Invorderingswet concentreert zich dan ook met name op het al dan niet tijdig hebben gemeld en niet zozeer op de vraag of er sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur.[2] Hetzelfde risico dreigt voor de strafbaarstelling van art. 69a AWR als de voorgestelde wijziging van de staatssecretaris wordt aangenomen: belastingplichtigen te goeder trouw die (niet) tijdig hun betalingsonmacht melden of om uitstel van betaling verzoeken, lopen het risico strafrechtelijk aansprakelijk gesteld te worden terwijl kwaadwillenden die tijdig melden of uitstel van betaling verzoeken vrijuit gaan. Zodoende biedt de voorgestelde wijziging geen enkele waarborg dat goedwillende belastingplichtigen door de strafbepaling worden getroffen, integendeel: zij vergroot die kans alleen maar. Kwaadwillenden biedt de nota van wijziging wel een magnifieke mogelijkheid aan strafbaarheid te ontkomen.

Bovendien is tijdig om uitstel van betaling vragen, te weten voor het verstrijken van de betaaltermijn op aangifte, niet mogelijk. Eerst zal het opleggen van een naheffingsaanslag moeten

1 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 754, nr. 14.
2 Zie voor een overzicht J.J. Vetter, 'Zijn wetgeving en rechtspraak bestuurdersaansprakelijkheid nog van deze tijd en stuurt de Hoge Raad wel de goede kant op?', *Tijdschrift Formeel Belastingrecht* 2011/08.

worden afgewacht. Voordat deze aanslag is geformaliseerd is uitstel vragen niet aan de orde. Dit biedt juist kwaadwillenden een uitstekende mogelijkheid strafbaarheid te ontlopen,.

Oogmerktoets geschikter

Teneinde de goedwillende en de kwaadwillende belastingplichtigen van elkaar te onderscheiden is een oogmerktoets, zoals eerder voorgesteld door de Commissie in haar advies van 24 oktober jl. en door uw kamerlid de heer Omtzigt in zijn amendement van 12 november jl.,[3] een geschikter middel. Met een dergelijke oogmerktoets wordt voorkomen dat, anders dan bij de voorgestelde meldingsregeling, de nadruk komt te liggen op een formeel aspect waarvan kwaadwillenden handig gebruik zullen (kunnen) maken.

Met een oogmerktoets komt immers precies datgene centraal te staan dat de goedwillenden en de kwaadwillenden van elkaar onderscheidt, te weten hun wil, dat wil zeggen: het oogmerk dat zij hebben. Een dergelijke toets heeft zijn effectiviteit op verschillende plekken in het strafrecht reeds bewezen terwijl art. 36 Invorderingswet 1990 heeft laten zien dat een meldingsregeling enkel een middel is voor kwaadwillenden om aansprakelijkheid te ontlopen.

CONCLUSIE

De Commissie adviseert de voorgestelde wijziging van de staatssecretaris te verwerpen om in plaats daarvan de eerder voorgestelde oogmerktoets in art. 69a AWR op te nemen.

Namens de Adviescommissie Belastingrecht,

B.J.G.L. Jaeger

3 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 754, nr. 12.